

〔京都学国法学 2009年 第2・3号〕

《論 説》

搜索令状・差押え令状の
事前呈示に関する若干の考察

——平成14年の最高裁決定を素材として——

岩 下 雅 充

- 1 はじめに
- 2 令状の呈示——その趣旨・目的
- 3 最高裁決定のとらえ方
- 4 「必要な処分」の範囲と事前呈示の原則との関係
- 5 おわりに

1 はじめに

(1) 刑事訴訟法（以下では「法」という）の第110条によれば、令状による搜索・差押えの実施にあたって、「処分を受ける者」（以下では「被処分者」という）⁽¹⁾には搜索令状・差押え令状が示されなければならない。

令状がどの時期に呈示されるべきなのかといえは、条文からただちに明らかになるものではない。もっとも、最高裁判所は、平成14年の決定（以下では「最高裁決定」という）⁽²⁾において、「令状の執行に着手する前の呈示を原則とすべき」だと明言した。この判示について、多くの評釈は、最高裁が「事前呈示の原則」⁽³⁾を確認したものと理解して、先例としての意義を認める。最高裁決定

(1) 法第110条や法第111条第1項などは、法第222条第1項をつうじて、捜査機関がおこなう活動に準用される。本稿の考察にあたって念頭に置かれるのは、捜査機関が捜査として実施する搜索・差押えである。それゆえ、本稿の記述においては、事案の解説といった場合をのぞけば、搜索・差押えの実施主体をあらわすものとして、捜査官という語が用いられる。

(2) 最高裁（一小）平成14年10月4日決定・刑集56巻8号507頁・判時1802号158頁・判タ1107号203頁。

(3) 永井敏雄「最高裁判所判例解説」法曹時報56巻12号（2004）〔法曹会編『最高裁判所判例解説刑

は、ここにいう事前呈示の原則を法第110条の趣旨から導き出している。それゆえ、最高裁決定におけるこの原則は、搜索・差押えの実施に関する一般論としてとらえることができそうである。

(2) 最高裁決定は、事前呈示の原則を前提として、「令状の執行に着手して入室した上その直後に呈示を行うこと」（以下では「入室直後の呈示」という）が適法だと述べた。事案は、覚せい剤取締法違反の被疑事実にもとづいた搜索・差押えに関するもので、ホテルの客室その他を搜索場所とする搜索差押許可状が発付されて、この令状による搜索・差押えを実施する際に、在室の被疑者に対する令状の呈示に先だって、警察官らがマスターキーで客室のドアを解錠して入室したというのであった。最高裁決定が適法だと判断したのは、具体的な「事情の下において」の手續である。それゆえ、どのような場合にどのような行為が在室の被処分者に令状を呈示しないままで——すなわち、事前呈示の原則に対する例外として——許されるのかは、かならずしも明らかでない。学説も、原則のもつ意義をどのように理解したうえで例外がどのように認められるのかという問題の全体には、いまだ立ち入っていないように思われる。

(3) 他方で、最高裁決定は、「ホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した措置」（以下では「マスターキーでの解錠」という）を法第111条第1項にいう「必要な処分」として許した。もっとも、このような判示については、法にいう「必要な処分」として許される範囲と事前呈示の原則との関係が問題となる。というのも、学説では、この問題に関して、以下のように見解の対立が生じたからである。すなわち、一方にあるのは、マスターキーでの解錠をめぐって、「呈示後に適用があるはずの刑訴一一一条一項の『必要な処分』の問題とせず⁽⁴⁾」に措置の許否を判断すべきだという見解、すなわち、もっぱら事前呈示の原則に対する例外として——要するに、もっぱら事前呈示の原則にもとづいた

事篇（平成14年度）」（2005）203頁以下に所収〕3006-3007頁、香川喜八朗「最新重要判例詳釈」現代刑事法6巻1号（2004）81頁、田中開「搜索差押許可状呈示に先立つホテル客室内への立ち入り」ジュリスト臨時増刊1246号『平成14年度重要判例解説』（2003）180頁、加藤克佳「令状による搜索2）——令状呈示前の立ち入り」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選（第八版）』（2005）51頁、上田信太郎「最新重要判例解説」受験新報627号（2003）16頁。

(4) 光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』（2007）159頁。

規制にてらして——許されるのか否かを問う見解である。これに対して、『『必要な処分』は……令状の呈示の時期とは直接的な関係の乏しい⁽⁵⁾』ものと結論づける見解、すなわち、さしあたっては事前呈示の原則にもとづいた規制のわくから外して措置の許否を判断できるという見解がある。前者の見解は、後者の見解と違って、事前呈示の原則にもとづいた規制がおよぼ措置であれば、令状を呈示する前に「必要な処分」として許される余地がいっさいないという結論にたどり着く。

見解の対立は、最高裁決定その他の判例をどのように読むのかの違いによって生じたものであるが、判例の読み方には重要な論点がいくつも含まれているように思われる。また、見解の対立は、令状の呈示をめぐる基本的な立場の相違にも関連するのかもしれないが、だとすれば、最高裁決定に対する分析とともに、事前呈示の原則のもつ意義に留意して対立の中身を考察することが必要であろう。

(4) このように、事前呈示の原則に関しては、原則に対する例外のいかんという問題のほかに、法にいう「必要な処分」の範囲と原則との関係という問題がある。いずれも、事前呈示の原則という法命題の限界が問われているのであろう。このうち、「必要な処分」の範囲との関係については、筆者が今後の課題だと明言したこともあるので、本稿において問題を解明するのが時宜にかなっているように思われる。⁽⁶⁾

本稿は、事前呈示の原則という法命題の意義とその限界に関する考察の一環として、はじめに法第110条の趣旨・目的を確認してから、最高裁決定に対する分析にとり組んだうえで、「必要な処分」の範囲と事前呈示の原則との関係に立ち入って論じようというものである。

2 令状の呈示——その趣旨・目的

(1) 事前呈示の原則という法命題の意義とその限界を明らかにするためには、

(5) 井上宏「刑事判例研究」警察学論集56巻5号（2003）195頁。

(6) 拙稿「刑事裁判例批評」刑事法ジャーナル19号（2009）96頁。

最高裁決定からもうかがい知れるように、法が被処分者に対する令状の呈示をなぜ定めたのかという問いにさかのぼって考察すべきだろう。

最高裁決定によれば、「刑訴法222条1項、110条による搜索差押許可状の呈示は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たもの」だ⁽⁷⁾という。この判示は、いくつかの裁判例によって示されていた理解を最高裁として確認するものであろう。学説一般も、法第110条の趣旨ないし目的をおおよそ同じようにとらえる。たとえば、「処分を受ける者に受忍すべき処分の内容を予知させると同時に、もし、捜査機関がその付与された搜索、差押えの権限を超えて不法に搜索、差押えを行なう場合等には、直ちに異議を述べ、または、刑訴法430条により裁判所に対し差押処分の取消しを請求することのできるよう配慮したもの⁽⁸⁾」などとふえんされる。

学説は一般に、この趣旨・目的から、被処分者による請求の有無にかかわらず令状を呈示するという捜査官の義務が具体化されるのとともに、事前呈示の原則が導き出されるものと理解している⁽⁹⁾。

(2) 学説の多数によれば、令状の呈示は、日本国憲法第35条を根拠とする令状主義が直接に要請するものでない⁽¹⁰⁾という。もっとも、呈示はまさに令状主義の

(7) 東京高裁昭和58年3月29日判決・刑月15巻3号247頁・判時1120号143頁、大阪高裁平成6年4月20日判決・高刑集47巻1号1頁・判タ875号291頁、大阪高判平成7年1月25日・高刑集48巻1号1頁。

(8) 田宮裕編著『刑事訴訟法I』（1975）366頁〔青木吉彦〕。

(9) 小野清一郎ほか『ポケット註釈全書刑事訴訟法（上）』（新版・1986）262頁〔横井大三〕、平場安治ほか『注解刑事訴訟法上巻』（全訂新版・1987）363頁〔高田卓爾〕、藤永幸治＝河上和雄＝中山善房編『大コンメンタール刑事訴訟法第二巻』（1994）356頁〔渡辺咲子〕、伊藤榮樹ほか『注釈刑事訴訟法第二巻』（新版・1997）199頁〔佐藤道夫〕、田宮裕『注釈刑事訴訟法』（1980）133頁、三井誠『刑事手続法（1）』（新版・1997）42頁、岩尾信行『搜索差押えにおける立入りと令状の呈示』平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法I』（1998）269頁など。

(10) なお、立会人に関する規定にも注目すべきだろう。法第222条第1項をつうじて準用される法第114条第2項によれば、捜査官は、「住居主若しくは看守者又はこれらの者に代わるべき者」を搜索・差押えに立ち会わせなければならない。同項の趣旨・目的は、法第110条とはほぼ同じにとらえられている〔小野ほか・前掲注9〕266-267頁〔横井〕、平場ほか・前掲注9〕371頁〔高田〕、藤永ほか編・前掲注9〕377頁〔渡辺〕、伊藤ほか・前掲注9〕209頁〔佐藤〕、田宮・前掲注9〕136頁。さらに、三井・前掲注9〕43-44頁、後藤昭『捜査法の論理』（2001）9-10頁。東京高判平成8年3月6日・高刑集49巻1号43頁・判タ923号275頁、東京高裁昭和58年3月29日判決・前掲注(7)、東京地裁昭和44年12月16日判決・判時579号29頁は、法第114条第2項と法第110条をひとくくりにして理解する。〕。

(11) 小野ほか・前掲注9〕261-262頁〔横井〕、平場ほか・前掲注9〕364頁〔高田〕、藤永ほか編・前掲注9〕352頁〔渡辺〕、伊藤ほか・前掲注9〕199頁〔佐藤〕、田宮編著・前掲注8〕366頁〔青木〕、井上

要請だと理解する立場も有力である。令状主義の要請なのか否かの相違は、さしあたって、「⁽¹²⁾ 刑法110条のような規定のない手続についてとくに重要な意味を持つ」⁽¹³⁾ はずである。また、令状主義の要請だと理解する立場によれば、呈示しなかったことを理由として、その後⁽¹⁴⁾ に収集された証拠の証拠排除を裁判所に申し立てる余地が生まれる。⁽¹⁵⁾ さらに、この立場は、呈示のなかった手続が憲法に違反するという場合に、その違反を上告理由として認めることができるだろう。

令状の呈示は令状主義の要請だと理解する立場によれば、呈示を受けることは、処分の対象者に保障された憲法上の権利⁽¹⁶⁾、あるいは、とりわけ対象者の「利益保護ないし権利保障のための」手だてであるという。⁽¹⁷⁾ いずれの考え方であれ、その本質は、呈示がまさに処分の対象者のためにあるということに思

正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（1997）73-74頁、西巻匡「令状による捜索・差押え（2）」法学教室294号（2005）108頁。なお、札幌高裁平成9年5月15日判決・刑集53巻9号1327頁（1481頁）・高等裁判所刑事裁判速報集（平成9年）147頁は、「令状の事前呈示そのものは、もともと憲法の令状主義自体の要請ではない上、検証許可状につき執行の際の事前呈示（刑事訴訟法一一〇条）の準用を定めた刑事訴訟法二二二条一項は、検証許可状の執行手続の公正を担保しようとの趣旨に出たもの」だと判示する。

(12) 三井・前掲注(9)43-44頁、久岡康成「電話傍受の手続的側面の再検討」立命館法学250号（1996）194頁、後藤・前掲注(10)6頁、渡辺修『捜査と防御』（1995）46頁、川崎英明「盗聴立法の憲法問題点」小田中聰樹ほか『盗聴立法批判』（1997）92頁、上取祐司『刑事訴訟法』（第5版・2008）132頁、山口直也「判例研究」山梨学院大学法学論集51号（2004）550頁、絳人輔「無令状捜索押収と適法性判断（3・完）」修道法学29巻1号（2006）105-106頁。憲法学でも、令状主義の要請だという見解は少なくない。奥平康弘＝杉原泰雄編『憲法学Ⅰ』（1976）190頁〔平井孝〕、片部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』（1981）170頁〔杉原泰雄〕、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ』（新版・1997）379頁〔高橋和之〕など。なお、香川・前掲注381頁は、呈示を令状主義の要請だと理解したうえで、事前呈示の原則に対する例外をひろい範囲で認めるように読める。

(13) 後藤・前掲注(10)6頁。

(14) たとえば、国税犯則取締法による臨検・捜索・差押えなどの処分に関していえば、発付される許可状を処分の対象者に呈示することが明文で定められていない。それゆえ、呈示は令状主義の要請だと理解する立場であれば、処分に対して憲法第35条を適用ないし準用することが承認されるかぎり、対象者に対する呈示も憲法によって保障された手続だと認めることができる〔後藤・前掲注(10)8頁注(8)〕。なお、東京高裁昭和44年6月25日判決・高刑集22巻3号397頁・判時584号107頁は、法第110条の趣旨をおよぼして被処分者に呈示すべきだと判示する。

(15) 後藤・前掲注(10)8頁注(8)、小田中聰樹＝大出良知＝川崎英明編著『刑事弁護コンメンタール：刑事訴訟法』（1998）93頁など。

(16) 渡辺・前掲注(10)246頁。川崎・前掲注(10)292頁によれば、対象者には、憲法第35条によって「手続的保障の請求権」が認められるべきだという。

(17) 三井・前掲注942頁〔ただし、呈示には手続の公正を担保しようというねらいがあることも認める〕。後藤・前掲注(10)6頁も同旨であろう。なお、香川・前掲注381頁では、処分の対象者に異議申立ての機会を与えるというねらいが前面に押し出されている。

いだせる。それゆえ、これらの考え方は、令状の呈示について、被処分者に認められた権利ないし利益という側面を強調する。しばしば、令状の記載を正確にとどめるための筆写やコピーも被処分者に認めるべきだと主張されるが⁽¹⁸⁾、この主張も、呈示を受ける地位が被処分者の権利・利益として理解されていることのあらわれであろう。

(3) 令状の呈示が令状主義の要請なのか否かの相違は、事前呈示の原則という法命題の内容にどのような差異をもたらすのであろうか。さしあたって、権利・利益という側面をどのくらい強調するのかによって、「処分を受ける者」⁽¹⁹⁾に対する呈示が現実には不可能ないし困難な場合の取り扱いに、明確な差異が生じるように思われる。

とりわけ、最高裁決定において問題とならなかったが、搜索・差押えの実施にあたって被処分者がその現場にいないという場合の取り扱いは、しばしば議論の対象となっている。実施にあたって被処分者が不在であれば、この者に令状を呈示することは事実上不可能となる。そこで、呈示のないままに実施するのもやむをえない——すなわち、事前呈示の原則に反しない——ものとただちに認めてよいのか否かが論点となる。

(4) 被処分者が不在であればこの者に呈示しないことも違法でないという見解は、古くから裁判例にみられる。これらの裁判例は、被処分者の態度が呈示を受ける権利の放棄だとみなせれば違法でないという裁判例⁽²⁰⁾とともに、ひろく是

(18) 三井・前掲注(9)43頁、後藤・前掲注(10)7-8頁、高田卓爾編『基本法コンメンタール第三版 刑事訴訟法』(1993)101頁 [小山雅亀]。これに対して、裁判例によれば、筆写やコピーの請求に捜査官が応じる義務はないという [たとえば、金沢地裁昭和48年6月30日決定・刑月5巻6号1073頁]。

(19) 法第110条にいう「処分を受ける者」とは、「搜索すべき場所」または「差押えるべき物」を現実に支配する者だと一般に理解されている。東京高裁昭和40年10月29日判決・判時430号33頁、東京地裁昭和44年12月16日判決・前掲注(10)。学説として、小野ほか・前掲注(9)262頁 [横井]、平場ほか・前掲注(9)363頁 [高田]、藤永ほか編・前掲注(9)353頁 [渡辺]、伊藤ほか・前掲注(9)199頁 [佐藤]、田宮編著・前掲注(8)366頁 [青木]、田宮・前掲注(9)133頁、高田編・前掲注(8)101頁 [小山]、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法』(第3版増補版・2006)189頁。

(20) 東京高裁昭和40年10月29日判決・前掲注(10)、東京地裁昭和38年6月15日決定・捜査手続総合判例集(1965)209頁。なお、対象者の所在がしばらくつかめなかったという事案について、最高裁(二小)昭和28年6月19日判決・裁判集刑事83号319頁。

(21) 被処分者が暴れて呈示できなかったという事案について、最高裁(一小)昭和28年6月12日決定・裁判集刑事82号641頁。被処分者が令状の閲読を拒否する態度に出たという事案について、東

認²²⁾されている。呈示が令状主義の要請でないものと理解する多数の立場には、これらの裁判例と同じように、被処分者に呈示しないままに搜索・差押えをただちに実施できるという見解が多い²³⁾。もっとも、この場合にも立会人には令状を呈示すべきだと付言される²⁴⁾。しかしながら、とりわけ実務家によれば、立会人に対する呈示は法律上の義務でない——すなわち、この場合には、立会人に対する呈示のないままに実施された搜索・差押えが法に違反しない——というのである²⁵⁾。

この見解には、法第110条の趣旨・目的について手続の公正を担保することに重点が置かれるのであれば、容易にたどり着けるものだと考えられる。すなわち、この見方によれば、「搜索すべき場所への立ち入りは、令状の呈示自体の効力によるものであって、立ち入り前に執行を受ける者に令状を呈示することによるものではない²⁶⁾」という前提のもとで²⁷⁾、捜査官は、被処分者の不在や被処分者による抵抗などを理由に挙げて、呈示の義務として具体化された手続上の制約から容易に解放されるのであろう。とりわけ、「令状の事前呈示の要請は

京地裁昭和50年5月29日判決・判時805号84頁。

22) 藤永ほか編・前掲注9354-355頁〔渡辺〕、伊藤ほか・前掲注9200頁〔佐藤〕、松尾監・前掲注19189頁、辻本典史「搜索差押令状の呈示のない住居等への立ち入り——最決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁——」近大法学53巻1号（2005）166-167頁。もっとも、三井・前掲注943頁によれば、のちに紹介するとおり、被処分者の不在と権利の放棄とは別個にとり扱われるべきだという。これに対して、井阪博「令状呈示前の搜索・差押の実施」河上和雄編『刑事裁判実務人系11犯罪捜査』（1991）288頁は、権利の放棄として説明されている事案も呈示が事実上不可能な場合に含めるべきだと主張する。また、安富潔『刑事訴訟法』（2009）148-149頁は、権利の放棄として説明される事案に加えて、証拠隠滅のおそれがあるという事案も「物理的・事実上不可能な場合」に含める。

23) 平場ほか・前掲注9364頁〔高田〕、藤永ほか編・前掲注9354頁〔渡辺〕、伊藤ほか・前掲注9200頁〔佐藤〕、田宮編著・前掲注8366頁〔青木〕、田宮・前掲注91133頁、高田編・前掲注18101頁〔小山〕、河上和雄「搜索・差押令状による搜索、差押上の諸問題（その一）」警察学論集28巻6号（1975）150頁、井阪・前掲注22287頁。

24) 前掲注23)の文献を参照。裁判例として、東京高裁昭和40年10月29日判決・前掲注191、国税犯則取締法による臨検・搜索・差押えに関して東京高裁昭和44年6月25日判決・前掲注104。また、犯罪捜査規範第141条第2項および昭和24年12月10日付最高裁判所刑二第18756号刑事局長通知・刑事裁判資料67号（1952）117頁を参照。

25) 藤永ほか編・前掲注9355頁〔渡辺〕、伊藤ほか・前掲注9200頁〔佐藤〕。河上・前掲注231150頁、井阪・前掲注22287頁・290頁は、手続の公正さについての担保に欠けるという不利益を捜査官が甘受するだけだと述べる。

26) 木藤繁夫「刑事判例研究」警察学論集38巻1号（1985）147頁。

27) 井阪・前掲注22287頁、辻裕教「新判例解説」研修553号（1994）21頁、岩尾・前掲注9269頁、井上宏・前掲注51199頁。

……令状により許可された以上の侵害行為が行われることを、処分を受ける者自らが防ぐ機会を与えることにより、手続の公正を担保しようとするものにすぎない⁽²⁸⁾」といった考え方によれば、被処分者に「令状の呈示がなされないまま……実施されたとしても、直ちに令状で許可された以上の侵害行為が行われ手続の公正が害されたことになるのではない⁽²⁹⁾」ため、立会人に対して呈示しないからといって、違法だと評価することにはならないのであろう。

多数の立場に対して、呈示は令状主義の要請だと理解する有力な立場から、「処分を受ける者が不在の場合……権利等の放棄とみることはできない⁽³⁰⁾」という批判が投げかけられている。この批判によれば、不在の場合に例外として「許容されるのは、①執行する緊急の必要性、および②立会人に対する令状呈示……の要件を充たしたとき⁽³¹⁾」に限られるべきだ⁽³²⁾というのである。

被処分者の不在に関する取り扱いの差異は、呈示の趣旨・目的をめぐる基本的な立場の相違に端を発したものの一例である。もっとも、最高裁決定にあらわれた問題についていえば、立場の相違と問題ごとの結論とがどのように関連するのかは、かならずしも明らかでない。最高裁決定に対する分析をふまえることが不可欠であろう。

3 最高裁決定のとりえ方

(1) 最高裁決定は、マスターキーで錠錠して入室した直後に令状を呈示するという「搜索差押許可状の執行手続」が適法だと結論づけた。最高裁決定は、「搜索差押許可状執行の動きを察知されれば……被疑者において……短時間のうちに差押対象物件を破棄隠匿するおそれがあった⁽³³⁾」という事案に対しての判

(28) 辻・前掲注2721頁。

(29) 辻・前掲注2721頁。

(30) 三井・前掲注943頁。

(31) 三井・前掲注943頁。

(32) 三井・前掲注(943頁、松代剛枝「搜索差押令状執行に伴う家宅立入——所謂「来訪来意告知(knock and announcement)要請」について——」法学62巻6号(1998)〔以下では「松代Ⅰ」として引用する〕299-300頁、大野正博「搜索・押収に伴う『必要な処分』の意義——来意来訪告知を欠く搜索対象場所への立入りの有無を素材として——」朝日法学論集33号(2006)32頁。

断である。

このような事案であれば、証拠隠滅を防止するために、まずもってマスターキーで解錠して入室したうえで、その後に、令状の呈示といったほんらいの手続にとり組むというながれは、捜査官の側で当然にもくろまれている。もちろん、状況しだいでは、入室した後に、証拠隠滅を防止するためのさらなる措置が必要になることも、捜査官の念頭に置かれているのだろう。ただし、このような措置については、そのときの状況に応じて、要否や適否が判断されねばならない。これに対して、令状を呈示しないまま入室するのは、マスターキーでの解錠に当然に引きつづいておこなわれることだと考えられる。逆をいえば、証拠隠滅の防止をねらうからには、マスターキーでの解錠にとりかかった段階で、少なくとも、ドアを開けてそのまま入室することまでが当然のなりゆきとして想定されていなければならない。

要するに、最高裁決定の事案では、「搜索差押えの実効性を確保するため」という観点からながめて、『来意を告げることなく合鍵でドアを開けること』と『令状を事前に呈示することなく入室すること』とは、表裏一体の⁽³³⁾関係にあるのだと把握できそうである。捜査官は、最高裁決定において「必要な処分」とされたマスターキーでの解錠についても、事前呈示の原則にしたがって適否が判断された入室直後の呈示についても、共通の目的ないしはたらきである証拠隠滅の防止を根拠に挙げてこそ、行為がいずれも違法でないものと主張できたのである。このように、手続過程を特徴づける目的ないしはたらきに着目すれば、むしろ、マスターキーでの解錠と入室直後の呈示を一体のものとして把握するほうが適切であるように思われる。

そして、このような考察をふまえれば、最高裁決定のとらえ方としても、一体の手続過程だと把握したうえで適否を判断しているものと読むのが妥当なの⁽³⁴⁾ではないだろうか。

(33) 永井・前掲注333006頁。

(34) 一体の手続過程だと把握することは、原審および原々審の判示とも矛盾しないであろう。また、くわしい考察は別稿にゆずるが、たとえば、本稿の4においてふれる裁判例も、最高裁決定と同じようにとらえることができるものと考えられる。

(2) さしあたって、一体の手続過程だと把握することが正しいというのであれば、この手続過程に対しては、法の規制がどのようにおよぶのであろうか。最高裁決定の事案に関していえば、まず、入室それじたいは、通常の搜索・差押えにおいて当然に予定されている行為であって、令状そのものの効力として許される。³⁵⁾ それゆえ、入室それじたいは、法第111条第1項の規制にとって関心のないものだと考えられるため、ふつうならば、同項の規制にてらしてその許否を判断することも必要でないだろう。ただし、かりに、当然のなりゆきとして想定される行為の単体に法的根拠を与える可能性がおよそないというのであれば、単独では「必要な処分」にあたる行為との一体化をつうじて全体が許されることもないように思われる。個々の行為としては法的根拠を理論上与えられる余地がないのにもかかわらず、一体化をつうじて権限が創出されるようであれば、法の規制にこめられた趣旨・目的ないし性質に反してしまうはずだからである。

裏返すように、事前呈示の原則にもとづいた規制にてらして適否を判断する場面では、マスターキーでの解錠に対して法第110条の規制がおよぶのか否かも問題となる。同条は、法第111条第1項と違って、行為に法的根拠を与えるものでない。法第110条の規制は、その性質として、もっぱら、法的根拠を与えられた行為に対する手続上の制約だと考えるべきであろう。だとすれば、一体だと把握された手続過程を一部だけ除外して判断することは、原則として、手続上の制約を設けた同条の趣旨・目的ないし性質に合致しないはずである。

以上の考察をふまえて、最高裁決定のとらえ方についてまとめれば、マスターキーでの解錠と入室直後の呈示を一体だと把握したうえで適法か否かといった価値判断の対象とすることは、法の規制にこめられた趣旨・目的ないし性質に反しないのとともに、それらに合致するところもあるので、やはり適切だと考えてもよいだろう。

³⁵⁾ 木藤・前掲注26147頁、安村勉「時の判例」法学教室276号（2003）95頁。

4 「必要な処分」の範囲と事前呈示の原則との関係

- (1) 最高裁決定は、「搜索差押許可状の執行手続」が適法なのか否かについて判示するために、文章上、マスターキーでの解錠と入室直後の呈示に分けて論じている。それゆえ、本稿の冒頭でふれたとおり、法第111条第1項にいう「必要な処分」の範囲と事前呈示の原則との関係が問題とされねばならない。
- (2) 最高裁決定に先だって高等裁判所がとり扱った事案には、合鍵または錠の破壊によって扉を開けたうえで立ち入るといふものや、宅配便の業者を装って——すなわち欺罔して——被処分者に開錠させたうえで立ち入るといふものがあつた。3つの事案とも、警察官らが被疑者の住居に立ち入った後に搜索差押許可状を呈示したのであるが、いずれについても、裁判所は、立ち入るための措置が「必要な処分」であつて適法だと述べた。

このうち、欺罔の事案である平成6年の裁判例³³⁶と合鍵の事案である平成8年の裁判例³³⁷に対しては、その論理に関する疑問が投げかけられた。疑問は、——呈示する前の措置であれば——もつぱら事前呈示の原則に対する例外として許されるのか否かを問う見解³³⁸からのものである。すなわち、平成6年の裁判例と平成8年の裁判例では——錠を破壊したという事案である平成5年の裁判例と³³⁹

336 大阪高裁平成6年4月20日判決・前掲注(7)。この裁判例の評釈として、宮城啓子「搜索差押許可状による住居立入り方法の適否」ジュリスト臨時増刊1068号『平成6年度重要判例解説』（1995）171頁以下、麻生光洋「判例研究」研修567号（1995）11頁以下、猪俣尚人「実務刑事判例評釈」警察公論51巻4号（1996）95頁以下、山室恵「令状による搜索(2)——住居への立入り」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選（第七版）』（1998）50頁以下、大野正博「判例研究」朝日大学大学院法学研究論集2号（1998）139頁以下など。

337 東京高裁平成8年3月6日判決・前掲注(10)。

338 光藤・前掲注(4)159頁、上口裕「刑事訴訟法」（2009）138-139頁〔正確に言えば後者の立場に属していないが、問題意識は共通するであろう〕、宮城・前掲注36172頁〔ただし、「——一条一項の認める解錠は、通常は令状呈示後……に可能」だと述べているため、例外として呈示する前の「必要な処分」を許容する余地が残されたようにも読める〕、松代Ⅰ・前掲注32299-300頁、同「搜索差押執行に伴う『必要な処分』の変容」ジュリスト1148号（1999）〔以下では「松代Ⅱ」として引用する〕101頁、同「搜索差押令状執行に伴う立入——最高裁平成一四（二〇〇二）年一〇月四日決定を契機として——」岡本勝ほか編『刑事法学の現代的課題——阿部純二先生古稀祝賀論文集』（2004）〔以下では「松代Ⅲ」として引用する〕537-538頁、大野・前掲注3225頁。自取祐司「捜査官の欺罔による『承諾』と手続の適正」内田文昭先生古稀祝賀論文集編集委員会編『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（2002）506頁は、「必要な処分」について定める条文が法第110条のうしろに位置することも根拠に挙げる。

339 大阪高裁平成5年10月7日判決・判時1497号134頁。この裁判例の評釈として、辻・前掲注2713

違って——措置がまさに法第111条第1項にいう「必要な処分」として許されているものと読んだうえで、このように「同条項がかかる呈示なき立ち入りを包含しているとすれば、それは同条項の『必要な処分』を搜索差押の執行そのものから引き剥がして事前呈示要請の枠外として初めて、可能となった構成⁴⁰⁾」だと結論づけたのである。

(3) この見解によって批判されている論理は、本稿の冒頭で紹介したもう1つの見解——すなわち、さしあたっては事前呈示の原則にもとづいた規制のわくから外して措置の許否を判断できるという見解——のものである。もっとも、事前呈示の原則をめぐる対立する2つの見解は、共通して、法第111条第1項に関するつぎのような解釈を前提とする。すなわち、同項は、「錠をはずし、封を開き、その他必要な処分⁴¹⁾」が「差押状又は搜索状の執行について」許されるものと定めるが、「執行について」とは、一般に、「執行そのものよりも広く、それに接着しかつ執行をするのに不可欠な行動を含む趣旨⁴²⁾」だと解釈される。そのうえで、いずれの見解でも、「搜索状又は差押状の執行」は、搜索または差押えそれじたいをおこなうことと同視されている⁴⁴⁾。

このような共通の解釈を前提として、後者の見解は、法にいう「必要な処分」の範囲と事前呈示の原則との関係について、つぎのように説明するのであろう。すなわち、呈示は「執行着手前であると解されている」のだから、法に

頁以下など。

40) 松代Ⅰ・前掲注32275頁。

41) 本稿は、法第111条第1項にいう「必要な処分」の内容について、くわしく考察しない。さしあたって、藤永ほか編・前掲注(9)361-365頁〔渡辺〕を参照。なお、「必要な処分」はそもそも証拠隠滅を防止するために許されるものでないという見解がある〔宮城・前掲注36172頁〕。これに対して、たとえば、証拠隠滅を防止するための「必要な処分として許容される範囲について、……要は、被疑者または第三者の妨害を回避・排除し、適正な搜索・差押えの遂行に必要な範囲であると認められるか否か」〔笠井治「搜索・差押え——弁護の立場から」三井誠＝馬場義宣＝佐藤博史＝植村立郎編『新刑事手続Ⅰ』(2002) 342頁〕によって画定すべきという見解がある。こちらが一般に適用している見解であろう。

42) 平場ほか・前掲注9364頁〔高田〕。

43) 藤永ほか編・前掲注9360頁〔渡辺〕、伊藤ほか・前掲注9201頁〔佐藤〕、田宮編著・前掲注(8) 381頁〔青木〕、高田編・前掲注(8)101頁〔小山〕、松尾監・前掲注(9)189-190頁。しばしば挙げられるのは、住居に対する搜索のために家の門をとおることが不可欠であるという場合に、門にかかっている錠のとり外しが許されるといった事例である。

44) 井上宏・前掲注(5)197頁は、法第110条の趣旨・目的をふまえれば、「呈示の時期は……令状の執行着手前であると解されている。……具体的な搜索差押活動の前でなければ意味がない」という。

よって執行それじたいよりもひろい範囲で許される「必要な処分」は、「呈示の時期とは直接的な関係の乏しい」⁴⁴⁵⁾ものである。これに対して、前者の見解によれば、「——一条一項にいう『必要な処分』は、確かに搜索差押執行行為より広い射程を持ち得るが、その範囲は、令状本来の処分に付随する処分として令状呈示後に限られなければならない」⁴⁴⁶⁾というのである。

(4) 立ち戻って、最高裁決定に目を向ければ、裁判所は、事案に対する判断において、「令状の執行に着手して入室した」という表現を用いた。時間の前後関係としては、捜査官がすでに入室しているのであれば、それはもはや執行に着手した後のことだという表現である。⁴⁴⁷⁾「令状の執行に着手する前の呈示」を原則に掲げたこととあいまってひとまず読みとれるのは、搜索・差押えそれじたいに先だっておこなわれる活動にも——最高裁決定にいう「令状の執行」として——事前の呈示を要求されるものがあるという命題だろう。⁴⁴⁸⁾

(5) このような最高裁決定の判示をふまえて、まずは、後者の見解に対する考察から始めたい。最高裁決定について、かりに、マスターキーでの解錠は——入室する前のことであって——「令状の執行に着手」していないのだから法第110条の規制もおよばないものだと後者の見解が読むのであれば、正しい読み方であるように思えない。さきに考察したとおり、マスターキーでの解錠と入室直後の呈示は一体のものだと把握すべきなのであれば、マスターキーでの解錠も、事前呈示の原則に対する例外として許すことができるのか否かを問わ

445) ただし、「必要な処分」が法第110条とおおよそ無関係だとは理解されていないことに注意すべきである。井上宏・前掲注5)197-199頁を参照。

446) 松代 I・前掲注32299頁。

447) 松田龍彦「搜索・押収手続での令状の事前呈示と Knock and Announce（来意告知）法理」法学新報111巻1=2号（2004）289頁。

448) この命題を前提としたとき、はたして、事前呈示の原則によって要求されているのは、どのような行為に「着手する前の呈示」だというのであろうか。要するに、最高裁決定にいう「令状の執行」とはどの行為を指すのかという問いである。「令状の執行に着手して入室した」という表現に着目するだけでは、この問いに対する答えが引き出せないであろう。文理では、もっぱら入室それじたいが「令状の執行」にあたるという読み方のほかに、——「令状の執行」に着手した後に入室したという表現だと理解して——マスターキーでの解錠も入室もどちらも「令状の執行」だと読む余地がある〔上掲・前掲注38)137頁は、どちらかの読み方であろう〕。さらに、入室が「令状の執行」にあたらない——つまり、マスターキーでの解錠（＝「令状の執行」）がなかったのであれば、いまだ「令状の執行」に着手していない——という理解も、およそありえないわけではない。

れるべきであろう。⁴⁹⁾

もっとも、最高裁決定から離れて、事前呈示の原則にもとづいた規制の範囲を解明するために、なお「令状の執行」という語の用法や定義に綿密な分析を加えることが妥当なのかといえ、やや疑わしいように思われる。捜査としての捜索・差押えに関して「令状の執行」という語を用いるのは厳密でないこと⁵⁰⁾に加えて、用法の統一や意味の明確化もいまだ実現していないからである。それゆえ、最高裁決定によって用いられた「令状の執行」という語の意味から呈示の時期を全般的に考察することには、おのずと限界があるようにも思われる。

(6) そこで、事前呈示の原則について手続の公正を担保することに重点が置かれた見方から、もしかすれば、「欺罔手段を用いて室内に立ち入ることによって何か新たな状態を作り出そうとしたというのではなく、現状の維持を図

49) 前掲注48において考察したとおり、最高裁決定は、マスターキーでの解錠も入室もどちらも「令状の執行」にあたらないという前提に立っていない。それゆえ、一体だと把握されるべきものを分離して判断するのであれば、分離することの根拠に関する積極的な論証が必要だと思われる。

50) 捜査官が捜査のためにおこなう捜索・差押えについては、一般に令状が許可状だと理解されているので、厳密に言えば、捜索・差押えの実施は、命じられた処分「執行」と呼ぶことができない〔団藤重光『新刑事訴訟法綱要』（7訂版・1967）349頁は、この語を用いた判例について不正確だと指摘する。そのほかに、熊谷弘＝松尾浩也＝田宮裕編『捜査法大系Ⅲ』（1972）58頁〔丸谷定弘〕や田宮編著・前掲注83364頁〔青木〕を参照〕。

51) 呈示の時期をあらわす文章の表現は、事前呈示の原則に言及する記述で用いられたものだけでも、さまざまである。すなわち、「執行に着手する前」ないし「執行着手前」〔小野ほか・前掲注(9)262頁、平場ほか・前掲注(9)363頁、伊藤ほか・前掲注(9)199頁、岩尾・前掲注(9)269頁、松尾監・前掲注(9)189頁〕のほかに、「執行開始（の）前」〔和歌山地裁平成6年10月5日判決・判時1532号109頁、田宮編著・前掲注83366頁〔青木〕、田宮・前掲注(9)133頁、藤永ほか編・前掲注(9)356頁〔渡辺〕〕がある。また、「捜索・差押に着手する前」〔岡部宏泰「捜索・差押の執行をめぐる諸問題（上）」警察学論集29巻9号（1976）134頁〕や「捜索差押の開始前」〔東京高裁昭和58年3月29日判決・前掲注(7)、大阪高裁平成6年4月20日判決・前掲注(7)、木藤・前掲注26146頁、井阪・前掲注22285頁〕といった表現もある。もっとも、これらの表現に用いられる「捜索差押」や捜索差押許可状の「執行」といった語については、捜索・差押えそれじたいを指すものなのか、あるいは、捜索・差押えという一連の手続全体を指すものなのか明確でないことも多い。また、用いられる語が文脈ごとに違うこともある〔たとえば、平成6年の裁判例（＝前掲注(7)の裁判例）についていえば、法にいう「必要な処分」にあたるのか否かという判断の文脈では、捜索差押許可状の「執行」が捜索・差押えそれじたいを指すような語となっているのに対して、事前呈示の原則にしたがった判断の文脈では、原則として「捜索差押の開始前」に呈示すべきだと判示したうえで、「捜索現場の室内に立ち入る場合、それに先立ち令状を適式に呈示する必要がある」ものと述べて、「捜索差押」が一連の手続全体を指すような語となっている。もっとも、この違いは法第111条第1項と法第110条との区別を意識したためだと読むこともできる〕。なお、法の条項には、捜索・押収の「執行」という語がいくつもある〔第107条～第109条・第111条～第118条・第121条〕。しかしながら、事前呈示の原則にもとづいた規制の範囲を解明するための手がかりには乏しいように思われる。

ったに過ぎない」⁵²⁾ような場合には、その実質を考慮して、法第110条の規制のわくから外せるといった主張があらわれるのかもしれない。

しかしながら、かりに、このような主張に後者の見解が賛成するのであれば、この見解は、実質論あるいは目的論をもって前者の見解に対峙するとき、「強制力の行使は令状の下に行われるものであり、『必要な処分』は本来的処分に伴ってこそ可能であることを前提とすれば、『必要な処分』は令状本来の処分と不可分一体であって、呈示後でなければ行い得ない筈である」⁵³⁾という批判に対して、どのようにこたえるのであろうか。この批判のポイントは、「令状呈示は、権利侵害が最初に発生する時点……に要請されるのが、やはり原則である」⁵⁴⁾という主張にあるだろう。最高裁決定の事案やさきに挙げた裁判例の事案についていえば、いずれの立ち入りも、被処分者すなわち住居権者の承諾を得ない立ち入りである。ゆえに令状によらない立ち入りは住居侵入罪に該当する行為だというのであれば、⁵⁵⁾適法な令状を所持して立ち入るからといって、住居権ないしプライバシー権の制約をとまなう行為であることには変わりがない。このように、承諾のない立ち入りであることだけをもって権利・利益が制約されたものと認められるのであれば、これに対して事前呈示の原則にもとづいた規制をおよぼすべきではないだろうか。

この規制に関して重要なのは、「必要な処分」のもつ特徴のうち、処分が「適正な搜索・差押えの遂行に必要な範囲」のものであるという側面⁵⁶⁾でなくて、令状の存在によってはじめて処分の実施が許されるという側面である。この側面に着目して法を解釈すれば、権限の適正な行使が確保されることによって被処分者の権利・利益を保護すべきだという法の要求も、搜索・差押えそれじたいに近いところまで高まるはずである。だとすれば、たとえ、事前呈示の原則について手続の公正を担保することに重点が置かれた見方に賛同するのであれ、

52) 麻生・前掲注3620頁。

53) 松代Ⅱ・前掲注38101頁。

54) 松代Ⅲ・前掲注38537頁。

55) 松代Ⅰ・前掲注32299頁を参照。

56) さしあたって、井上正仁『強制搜索と任意搜索』（2006）115-117頁、酒巻匡「搜索・押収とそれに伴う処分」刑法雑誌36巻3号（1997）446-447頁などを参照。

搜索・差押えそれじたいの公正を担保すればことが足りるというのでは、道理に合わないように思われる。⁵⁷⁾むしろ、権利・利益の制約をとまなうあらゆる処分の公正な実施もすべて担保されているのがほんらいの手續なのだと考えるべきではないだろうか。

以上のように考察するかぎり、一般論として、法第111条第1項にいう「必要な処分」が「呈示の時期とは直接的な関係の乏しい」ものだ理解すべきでない。同項にいう「必要な処分」に対しては、権利・利益の制約をとまなうものであれば——あるいは、令状の存在によってはじめて実施が許されるものであれば——つねに法第110条の規制もおよぶという意味で、呈示の時期との密接な関係を認めることができるように思われる。

(7) それでは、これまでの考察から、ただちに、前者の見解が妥当だという結論も引き出せるのであろうか。さきにふれたとおり、前者の見解によれば、法第111条第1項にいう「必要な処分」として許否を判断されるのは、令状を呈示した後におこなわれる——法第110条の規制がもはやおよばない——行為だけである。これに対して、最高裁決定は、マスターキーでの解錠が法にいう「必要な処分」にあたるのか否かという判断に加えて、入室と一体の解錠が事前呈示の原則に適合するのか否かを別個に判断しているようにも読める。後者の見解も、このような判断のやり方を用いているのではないだろうか。

立ち戻って、前者の見解でも、最高裁決定と同じように、法第111条第1項に定められた基準に重畳して、すなわち、法第111条第1項と法第110条に定められた別々の基準にそれぞれてらして、マスターキーでの解錠の適否を判断するというやり方は、法の解釈として認められないのであろうか。

前者の見解では、ときに、アメリカ法にならって、住居などにおける対象者のプライバシーを保護することに理論上の根拠が求められる。⁵⁸⁾だとすれば、

57) たとえば、身体に対する搜索・差押えの実施にあたって、プライバシーや名誉に配慮して、近隣の適切な場所に被処分者を移動させたうえで搜索・差押えにとりかかるという場合〔三井・前掲注965頁の例を参照〕には、結論として、令状の呈示が搜索・差押えそれじたいの直前でよいことにもなりかねないが、このような結論が妥当だとは思えない。

58) 宮城・前掲注36172頁、松代Ⅰ・前掲注32298-299頁。

プライバシーの尊重に根拠づけられた「立入承諾の有無ないし質」などの基準を——法にいう「必要な処分」として許される余地があるのか否かの判断に用いないで——事前呈示の原則に適合した行為なのか否かの判断だけに用いるという説明は、前者の見解として採用できないのだろうか。さきにふれたとおり、「令状呈示は、権利侵害が最初に発生する時点……に要請されるのが、やはり原則」だというのである。この原則から前者の見解を突きつめれば、——搜索・差押えそれじたいのみならず——令状の効力に由来する行為のすべて、ないし、令状によって付与される権限の行使としてのみ実施できる行為のすべては、法にいう「必要な処分」として許されるのか否かと関連させずに、事前呈示の原則にもとづいた規制の対象になるものと考えられそうである。⁶⁰⁾

(8) 最高裁決定に関しては、前者の見解によって、「謂わば第三事案【筆者注：平成8年の裁判例のこと】をなぞるとも云える形で合鍵立入を明確に『——一条一項に基づく処分として』許容したもの」⁶¹⁾という読み方が示されている。しかしながら、以上の考察からすれば、あらためて最高裁決定の主旨を検討することが必要なのではないだろうか。

もっとも、前者の見解によって展開された解釈には、事前呈示の原則に対する例外として許されるための厳格な要件を導き出すというねらいが織り込まれていたはずである。緊急性の要件がそれである。この見解が裁判例に対して投げかけた疑問の照準は、令状を呈示する前であるのにもかかわらず「必要な処分」⁶³⁾がゆるい基準によって許されるという問題点に合わせられていた。事前呈

⁵⁹⁾ 松代Ⅲ・前掲注38537頁。

⁶⁰⁾ 前者の見解がアメリカ法を参考にその理論を根拠づけたのは、——本稿の4においてふれた裁判例が出てから間もないころに——法の解釈に関して裁判例から浮かび上がってきた問題点を克服しようとしたためであって〔宮城・前掲注36172頁、松代Ⅰ・前掲注32272-276頁を参照〕、そのころみは示唆に富んでいる。しかしながら、裁判例の検討によって導き出された「判例解釈の成立余地」〔松代Ⅲ・前掲注38537頁〕がアメリカ法の考え方を適切にとり入れたものなのかといえ、かならずしも正面から肯定することはできない。裁判例に対するくわしい分析は別稿にゆずるが、「判例解釈の成立余地」にもとづかないで見解のねらいを實現させる「余地」も、検討に値するものと思われる。

⁶¹⁾ 松代Ⅲ・前掲注38537頁。

⁶²⁾ 光藤・前掲注4)159頁、山口・前掲注38138頁、松代Ⅰ・前掲注32299-300頁、松代Ⅱ・前掲注38101頁、松代Ⅲ・前掲注38538頁。

⁶³⁾ たとえば、平成8年の裁判例（＝前掲注10)の裁判例）によれば、「来意を告げることなく合鍵で

示の原則を考察するうえでこの問題点に留意すべきなのであれば、最高裁決定の主旨も、同じ問題点をかかえているのか否かを含めて、さらに分析されねばならないであろう。どのような場合にどのような行為が例外として許されるのかという問題も、最高裁決定を抜きにして解明できるものではない。

前者の見解は、どちらかといえば、令状の呈示を令状主義の要請だと理解する有力な立場になじむものだと思われる。⁶⁴⁾ もっとも、そのように理解しない多数の立場でも、厳格な要件のもとで事前呈示の原則に対する例外を許すという解釈は、十分に成り立つのかもしれない。だとすれば、事前呈示の原則に対する例外を解明しようというところみは、原則のもつ意義を明らかにすることと表裏一体であるだろう。

5 おわりに

(1) 本稿の考察によって得られた結論は、おおよそ2つにまとめることができるだろう。

1つ目は、最高裁決定をどのようにとらえるべきなのかという課題に関してである。最高裁は、「搜索差押えの実効性を確保する」という目的・はたらきの観点から、マスターキーでの解錠と入室直後の呈示を一体のものと把握したうえで、その適否を判断しているのである。このような手続過程の把握と適否の判断は、法の規制に合致するかぎりで——すなわち、規制の趣旨・目的ないし性質にのっとって——認められたものである。最高裁決定のとらえ方は、

被疑者方へ入室した点は、令状執行に必要な処分として許容されるもので、右のような方法で入室した後に至って令状を呈示し被疑者を執行に立ち会わせた点も、これらの規定に違反するものではない」という。この部分だけをとり上げれば、規制ごとに判断を分けて論じた裁判例のようにみえる。しかしながら、この部分に先だつ判示によれば、「搜索差押令状の執行手続」は、「搜索差押えの実効性を確保するために必要であり、その手段方法も社会通念上相当な範囲内にあるものと認められるから」、法第111条第1項や法第110条といった「前記各関係規定の法意に照らし」て、さきに挙げた行為が違法でないという。この判示は、一連の手続が「搜索差押えの実効性を確保するために必要であり、……社会通念上相当」であるから違法でないものと論じているので、文面のとおりであれば、適否の判断にあたって、もっぱら、法第111条第1項に定める基準をそのまま用いたということになる。だとすれば、前者の見解は、この判示におよそ賛成することができないであろう。

⁶⁴⁾ たとえば、松代Ⅰ・前掲注32276頁・299-300頁は、三井・前掲注943頁を引用している。

——その正しさを証明するためにも——関連の裁判例を分析するうえで応用されるべきだろう。

2つ目は、法第111条第1項にいう「必要な処分」の範囲と事前呈示の原則との関係という問題についてである。本稿の4における考察は、つぎのように要約できるだろう。すなわち、法にいう「必要な処分」にあたるものであれ、そうでないものであれ、令状の存在によってはじめて実施が許される行為のすべては、事前呈示の原則にもとづいた規制にてらして適否を判断されねばならない。このような判断の手法は、最高裁決定からも読みとることができる。最高裁決定の事案についていえば、マスターキーでの解錠は、法にいう「必要な処分」にあたるのか否かと無関係に、事前呈示の原則にもとづいた規制の対象とされねばならない。逆をいえば、マスターキーでの解錠が法第110条の規制に服するからといって、「必要な処分」として許否を判断されることには変わらない。法第111条第1項と法第110条は、それぞれの趣旨・目的にもとづいた別個の基準によって、行為に対する規制を重畳しておよぼすのである。

(2) 残されたのは、事前呈示の原則に対する例外のいかんという問題である。この問題は、いわゆる「来意告知の原則」といった観点から考察しなければならないのと同時に、呈示の趣旨・目的や強制捜査の性質に関する論点との関連に十分な注意をはらうべきことがらなのであって、最高裁決定その他の判例や学説にとって主要な関心事であることから、事前呈示の原則という法命題の限界に関する主題として、とりわけ重要なものである。本稿を基礎として最高裁決定の主旨も一段とふまえた考察が必要であろう。